

# 被害者参加制度施行後の刑法・少年法

清水 晴 生

- 1 被害者参加制度と刑法規範
- 2 被害者参加制度と刑罰論
- 3 被害者参加（傍聴）制度と少年法・少年審判

## 1 被害者参加制度と刑法規範

刑事裁判に犯罪被害者らの公訴参加の制度が取り入れられた。被害者参加制度の導入は、果たして刑法の機能との関連においてどのような意味を持ちうるであろうか。

まずもって、犯罪被害者の公訴参加制度が取り入れられたからといって、刑事裁判ないし刑法そのものが私的な復讐のための制度へとその意味内容を根本的に変容させたと考える理由はなく、依然として刑法および刑事裁判が法的利益の保護のための仕組みであることに変わりはない。しかし、こうした制度を可能にしたところの社会の意識が、刑法や刑事裁判の機能としてどのようなものを想定しているのかということは、今後の刑法や刑事裁判を考えていくうえで無視しえない。制度の変革を促す意識の変化が制度の意味内容の変化までも要求する事態に至った場合、そのことに対しどのように返答すべきであるかについて以下で考察してみたい。

第一に、国家法としての刑法における法律主義という原則を、単純に（犯罪者を厳罰に処すべしとする）多数者意思に基づく統治原理のようにとらえることは、適正手続保障（日本国憲法31条）の実質的意義に悖るものである。なぜなら適正手続は身体的自由権の保護を通してひいては個々

人の自由全般ないし個人の尊厳を保護するものであり、いってみれば個人主義を手続的側面から保障することにこそ刑事手続の適正を規定した憲法31条の要点があるものと考えられるからである。

第二に、各人相応の利益分配という社会正義実現のために、階層間の調整を模索し、対立する意見の中庸を得る努力をし、多様な個人や団体間で通じ合える<sup>(1)</sup>ように意思疎通を補うことが社会固有の目的である中で、意見を十分には聞き入れられてこなかったのはひとり犯罪被害者だけではなく、被疑者・被告人もまた然りであるということも等閑視すべきでない。

第三点として、犯罪被害者の感情を直接に反映しうることにともなりかねないところの、刑法における社会倫理規範保護機能に対して改めて疑いの目を向けるべきである。

社会規範の保護が刑法の目的であるかについてはこれまで長く争われてきた。そこでいう社会規範とは社会倫理規範であるといった主張も説かれてきた。

法益侵害行為を社会的観点からみた場合の動機の悪質性・利己的態度・非人道性や、行為の正当化を吟味する利益衡量における主観的意図の悪質さ・非倫理性などといった要素が責任非難の量定ないし量刑事情として関わるのみならず、行為が法益を侵害したかどうかの判断ないしどの程度侵害したかの判断においてまで考慮されるべきかについてあらためて述べれば、やはりそれを肯定することは、悪しき行為・結果を違法とするのではなく悪しき性格・思想を違法とすることになるといわざるをえない。刑法に開いている穴や隙間は立法により充填されない限り自由により満たされているのであり、裁判官が多数的と判断した倫理意識を勝手に詰め込んでよいものではない。

したがって(倫理規範違反ではない)社会規範違反という行為の属性が見出されるとしても、それは発生した結果の範疇を超えた振舞いの悪性として事前的に(違法か適法かの判断がなされた後ではなくその前に)考慮

されることは許されず、結果を上限として行為の回避困難性や単発性といった要保護性を低減させる事情について事後的にのみ考慮されうるものとみなすべきである。

## 2 被害者参加制度と刑罰論

刑法における第一の、実際上も明らかなその機能とは、まさに反射的な事後処理である。平たくいえば、人に迷惑をかける悪いことをしたとき、1) みんなで安心に暮らせるための努力をすべきだったのという非難を浴びせたい一般の意識があり、2) そういうことをする人と一緒では安心して暮らせないから一定期間隔離すべきという一般の要望も生じる。刑罰はまずこの「非難」と「隔離要請に対する応答」の機能を果たしている。

次に、一般予防効果ははたして刑法が機能した結果といえようか。法定刑の種類や重さと抑止効果との関係が問題とされうるが、ほとんどの人はどの犯罪にどのような法定刑が規定されているかを知らず、刑罰の内容や意味も知らない。だとすれば、犯罪予防は刑法が刑罰を規定している効果ではない。治安を牽引するのは運用機構であり、法は手綱である。刑法が予防・抑止しているのはむしろ運用機構の横暴・逸脱である。治安に対して刑法は、運用機構に対する制御を通じて間接的・消極的に作用しているにすぎない。

他方で、特別予防もいちかばちかのものでしかない。責任原理を充たした応報刑を受け終えた者は、晴れて再び社会で犯罪さえおこないうる地位に立ち、もはや生活すべてにおよぶ管理、監視、隔離はない状態に置かれる。そのとき、刑務所に二度と来たくないと思うか、いっそう社会への復讐の意を強くするか、刑罰がそのいずれかに方向づけるといった内容を持ちあわせているのかどうか、自由の制限そのものに果たして教育効果があるといえるのかどうかは明らかではない。

このように見てくると、刑法は何らの予防機能も明確にはもたない。もつのは「社会的非難代替機能」と「隔離要請応答機能」(死刑・自由刑)のみである。一般人の意識からすれば、これらの機能こそが平穏な暮らしと犯罪との境界線を引くものといえるのではないか。

果たして刑法は事後処理や恐怖による威嚇以外の、犯罪を予防する機能をもちえないのであろうか。

思うに、正義はラグビーボールのように奪い合いの対象でしかないともいいうる<sup>(2)</sup>。応報刑がその本質を正義に見出そうとするものであることに変わりはないとしても、その正義を声を大にして叫ぶのがだれかは時代によって異なる。刑事司法において犯罪被害者が発見されて数十年を経て、応報という名の正義の主たる担い手は、少数派だからこそ際立ち、声も大にして叫ぶところの被害者とその遺族となった。

従来応報刑は、必罰的な性格を持ちつつも罪刑均衡の原理を内在させるものだと考えられきた。他方で予防・教育刑は改善が見られるまでは拘禁が継続されるとの理由から、犯罪結果に相当する程度を超える科刑、刑の長期化を招きかねないものである点が危惧されてきた。

しかしこのような理解は不十分なものであったように思われる。むしろ「教育志向」のサンクションこそ早期の社会復帰を図るものとなり、他方「応報志向」の刑罰は犯罪被害による精神的影響が残る限りにおいて際限のない刑の長期化さえ招くという現実が生じていよう。改善・教育が政治的意図によって染められたものではなしに、真に科学的にかつオープンになされうるときには、社会からの乖離を最小限にすることを目的とした処遇が行われることは当然である。逆に、犯罪被害者やその遺族の意見を直接に反映させる重罰化志向の応報刑によるときには、収容期間の長期化、過剰収容、それらに伴う施設と費用の拡大等を招き、一見単純明快な応報的正義の実施のために多大な税負担が要求されるというジレンマに陥る。

こうした応報志向の肥大化、教育志向の矮小化をもたらしているものは

何か。一つは加害者と被害者という対向する二つの立場を固定的なものとして見る視座であり、もう一つはそれに伴って意識や制度に違和感なしに組み込まれていく「自由を抑制することに対する謙抑性の軽視」および「自由を抑制されることに対する警戒感の希薄化」であろう。

しかし対向関係の固定化は対立的構図、二極化、格差の増大を招来するものであり、刑法が保護しようとしている法的利益のみならず、社会内のさまざまなレベルの安定・均衡状態を害することはあっても、それらの維持に資することはなかろう<sup>(3)</sup>。

むしろ犯罪被害者を含めた社会が真に必要なとするものは、犯罪を犯さない・犯罪者を生み出さない環境づくりと、そして犯罪を繰り返させないシステム・社会づくりとである。それは警察的に予防・保安のシステムを増大させて社会内の対立を煽る方法によってではなく、民間によるものも含めた社会的サービスの拡充によって、しかも実効性を図るために「小規模」かつ「多面的」になされることが必要である（小規模社会福祉型処遇）。犯罪者に金をかけるなという大規模・オートメーション式の処遇で、出所者の改善の質を高めようというのは無理を通そうとするものにほかならない。「境遇が悪くても犯罪をしない者はたくさんいるのであって犯罪者自身が悪いに違いないのだから、犯罪者自身の責任で社会復帰すべきだ」という説得力のある意見は責任の所在を言い当てるものではあるが、犯罪者を生み出さず、犯罪を繰り返させないための展望も方法ももたない。教育、医療、高齢化などといった共有されるべき社会問題の一つとして犯罪をとらえる政治的および科学的視座もまた不可欠であり、裁判員制度に続いて処遇参加人や更生保護参加人制度さえ考慮されてよいはずである。

### 3 被害者参加（傍聴）制度と少年法・少年審判

2008年6月18日公布の少年法の一部を改正する法律により、少年法22

条の4の1項には「家庭裁判所は、最高裁判所規則の定めるところにより第三条第一項第一号に掲げる少年に係る事件であつて次に掲げる罪のもの又は同項第二号に掲げる少年(十二歳に満たないで刑罰法令に触れる行為をした少年を除く。次項において同じ。)に係る事件であつて次に掲げる罪に係る刑罰法令に触れるもの(いずれも被害者を傷害した場合にあつては、これにより生命に重大な危険を生じさせたときに限る。)の被害者等から、審判期日における審判の傍聴の申出がある場合において、少年の年齢及び心身の状態、事件の性質、審判の状況その他の事情を考慮して、少年の健全な育成を妨げるおそれがなく相当と認めるときは、その申出をした者に対し、これを傍聴することを許すことができる。一 故意の犯罪行為により被害者を死傷させた罪 二 刑法(明治四十年法律第四十五号)第二百十一条(業務上過失致死傷等)の罪」と規定され、また同2項には「家庭裁判所は、前項の規定により第三条第一項第二号に掲げる少年に係る事件の被害者等に審判の傍聴を許すか否かを判断するに当たつては、同号に掲げる少年が、一般に、精神的に特に未成熟であることを十分考慮しなければならない」と定められた。

確かに、審判が実際に被害者らの目の前で行われるということは、当の被害者らにとって非常に重要な意義を持ち得るであろう。しかし果たしてこの傍聴という制度は、被害者らにとって本当に少年審判に「参加」したと感じられる制度たり得るであろうか。書面で意見が聴取されたとしても、審判廷内では「座席の位置」(同4項)が考慮され、實際上阻害するかのよう扱われたとしたならば、少年法22条の4が定めた傍聴制度は被害者らにとって、その少年法並びに少年審判への不信を払拭するものとはなり得ないだろう。従って思うに、傍聴という制度が被害者らにとって真に審判への参加たり得るためには、担当の家裁判事が少年に対して決定の内容を告げる際に、被害者の意見がどのようなものであったか、その意見を担当の裁判官がどのように受け取ったか、そしてその理解に基づいて

少年に対してどのような内省とどのような今後の努力とを求めるものであるのかが具体的に且つ明確に述べられなければならないであろう。担当の家裁の裁判官にはそのような職責が課せられたものと解すべきである。形式的な「参加」によっては本質的な問題が解決されるわけではなく、被害者・被害者の親族からすれば、司法制度・当該審判における結論の形成が自分の視界の中で行われ、そして結論の形成に自らの意思もまた実際に取り入れられ具体的に反映されたと実感できることが重要であると思われる。

他方ではまた、場合によっては少年審判に検察官が関与し、更には三人の裁判官による裁定合議制が採られ、なお且つ被害者らの傍聴も認められた審判廷において、付添い人の補佐があったとしても、少年は内省を促されるところか、心情を吐露することもできず、圧迫された状況の中で保身に終始するなど、少年審判における職権主義が変容を遂げるのではないかと懸念も杞憂とは思われない。担当の家裁判事においては、審判に出席する関係者の人数の調整、傍聴人の座席の位置のみならず少年との距離、傍聴の態度についての配慮といった点にまで慎重に気を配ること、並びに、被害者らの心情・生の感情が逆に少年の心を閉ざすことを十分警戒し、裁判官自身が被害者の心情を十分に咀嚼した上で決定の内容に昇華させ、被害者の心情を踏まえた決定の内容について少年によく理解させることが肝要であり、そしてこれらもまたその職責として要求されるところであろう。

## 註

- (1) 法的正義とは畢竟国家的正義ではなく社会的正義でなければならないと解するが、それは以下のような理由による。すなわち、法が抽象的権威に基づく決定・強制であり、また命令が具体的権威に基づく決定・強制であるとするとき、多くの者が法にしたがう理由としては例えば次のようなことが考えられる。

- a. したがうべきものにしたがうこと自体が倫理的に当然正しく、倫理的に正しくある（正義である）ことこそが自分にとって善（正義）であるから。[権威主義、利己、ある種のトートロジー]

b. 法にしたがうことが社会全体にとって得であり、社会全体が得するのは善(正義)であるから。[利他]

c. 法にしたがうことが自分個人にとって得であり、自分個人が得することは善(正義)であるから。[利己]

つまり、多くの人が法にしたがうとしてもその理由は様々でありうる。権威主義でも利他的でも利己的でも、法にしたがうことを善であり正しくて正義だと陳べることができる。したがって「法における正義」は本質的に(間)主観的なものであって意見が一致する者たちの間でのみ客観的な様相を示すことができる。正義は主観的な(規範)表象にすぎない。

だからこそ必要なのは、正義はなにか(その権威はどこにあるか。法においては国家以外に考えられないか。国連か)という問いではなく、異なる正義表象間の(つまり社会における)調整原理である。

- (2) 正義や公正は独善的であってはならないが、同時に多数決で決定されることから一定の距離が保たれる必要がある。その制御原理として働くのは、終局的には憲法上の個々の人権規定や個人の尊厳に対する深い理解であろうが、刑法上の基本原理とされてきたものも、実はそうした働きを望まれたものであったといえる。類推解釈の禁止や明確性の原則は骨抜きにされる歴史が繰り返されてきたが、今後法律主義、遡及処罰の禁止、絶対的不定期刑の禁止等の原理についても覆されることのないように十分注意を払っていく必要があろう。
- (3) 対向関係の固定化、対立的構図の増大の中で、犯罪被害者の公訴参加が犯罪被害者にもたらしうる重大な問題の一つが、冤罪であることが明らかとなった場合において公訴参加人たる犯罪被害者が受けることになる衝撃の大きさである。公訴参加人たる犯罪被害者は被害者でありながら他方では同時に冤罪事件にかかわった加害者という逆の立場をも背負うことになり、しかもその参加は自らの意思によるものとみなされざるをえないが同時に被害者や遺族の感情としては参加は不可避であるともいえ、さらには検察官や裁判官が職責として行っているところを被害者参加人はあくまで素人のままに感情がせきたてるままに参加した意見を述べるものであり、そこでは職責として行ったという理由づけをすることはできないのである。

## 参考文献

Gerd Pfeiffer, Strafprozessordnung Kommentar, 5Aufl., S. 935ff.; Andrew Ashworth, "Victim Impact Statements and Sentencing" (1993) 39 Crim. L. R. 498; Edna Erez, "Who's Afraid of the Big Bad Victim? Victim Impact Statements as Victim Empowerment and Enhancement of Justice" (1999) 45 Crim. L. R. 546; Andrew Sanders, Carolyn Hoyle, Rod Morgan and Ed Cape, "Victim Impact Statements: Don't Work, Can't Work" (2001) 47 Crim. L. R. 447.